'NADDEO, MARÍA ELENA Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES", EXPTE N" EXP-45258/1.

Ciudad de Buenos Aires, / «h de febrero de 2013.

VISTOS: Estos autos en estado de resolver el pedido de levantamiento de medida cautelar efectuado por la demandada a fs. 806/830.

Y CONSIDERANDO:

I. En las actuaciones principales se presentaron los Sres. María Elena Naddeo, Virginia González Gass, Aníbal [barra y Fabio Hernán Bastetro y promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el fin de que se suspenda la construcción de los edificios del Nuevo Distrito Gubernamental en las parcelas afectadas del Hospital Borda, hasta tanto se cumplan las premisas establecidas en la ley de salud mental de la Ciudad N° 448 y la ley nacional N" 26.657, en orden a la reubicación de los pacientes y construcción de los centros necesarios para su alojamiento, y se envíe el correspondiente proyecto de ley a la Legislatura de la CABA a efectos de dar cumplimiento con lo prescripto por el Código de Planeamiento Urbano.

Cuestionaron el decreto 121/12. dictado el 09/02/2012 mediante el cual se aprobaron los Pliegos de Condiciones Particulares y de Especificaciones Técnicas generales de operación y mantenimiento correspondientes a la licitación pública referida a la obra "Construcción de los edificios del Nuevo Distrito Gubernamental", y mencionaron que a través de la resolución 40/12 se llamó i¡ licitación pública N° 237/12 para la ejecución de dichas obras.

Con posterioridad se presentaron en esas actuaciones la Sra. María José Lubertino y la Sra. María Rachid, quienes adhirieron a los términos planteados en la demanda de amparo.

Por su parte, en autos "Frondizi, Marcelo Hernando y otros c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA) EXP-45.995/Ü, se presentaron los Sres. Marcelo Hernando Frondizi -en su carácter de Secretario General de la Junta Interna de Delegados de Talleres Protegidos de Rehabilitación de Salud Mental-y Eduardo López -en su carácter de Secretario General de la Unión de Trabajadores de la Educación-e iniciaron la presente acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires, ante el Juzgado N" 2 de este fuero, el cual se encontraba de turno (conf.

Res. N° 845/10, v.í's. 129).

Requirieron que mediante esta acción: (i) se suspendiera con carácter cautelar la ejecución del proyecto denominado "Edificios del nuevo distrito gubernamental": (ii) se dejara sin efecto cualquier clase de trabajo u obra constructiva sobre el terreno en el que se encuentra emplazado el Hospital de Salud Mental "J. T. Borda", relacionados con el proyecto antes mencionado, así como los bienes inmuebles y muebles que lo conformaban; (iii) se preservara al mencionado predio de cualquier modificación atento su carácter de "Monumento Histórico Nacional" (conf. Decreto N°

349/99) y su carácter de 'Inmueble catalogado"; (iv) se sometiera el proyecto anteriormente mencionado a los organismos competentes relativos a la protección del Patrimonio Histórico; (v) se otorgara al predio en cuestión la protección edilicia y ambiental prevista en el CPU, en razón de su valor paisajístico, simbólico, social y arqueológico: (vi) se sometiera el proyecto a consideración del Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto que afectaba el funcionamiento de la escuela especial CENTES N° 1, ubicada en el predio aludido: y (vii) se declarara la nulidad del llamado a licitación efectuado mediante Decreto N° 121/12.

II. A fs. 397/409 de los autos caratulados "Frondizi. Marcelo Hernando y otros c/GCBA s/Amparo (Art. 14 CCABA)" EXP-45995/0 (en adelante "Frondizi"). la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, resolvió -en lo que aquí interesa-la acumulación de las causas "Naddeo. María Elena y otros c/GCBA s/Amparo" EXP 45258/0 y "Frondizi'7. las que deberían en lo sucesivo quedar radicadas ante el Juzgado N° 9 del fuero, en razón de que allí

tramitan los autos "Asesoría Tutelar N° 1 ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA c/GCBA s/Amparo" EXP-24708/0.

En el punto 3 del decisorio se resolvió: "Confirmar la cautelar dictada en la causa "Frondizi", con los alcances expuestos en los considerandos 14 a

16. En consecuencia, mantener la suspensión del decreto 121/12 hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos o se dé cumplimiento con los recaudos procedimentale:-.

establecidos en las normas reseñadas en los considerandos indicados, lo que ocurra primero ".

A su vez se revocó la resolución dictada en la causa "Naddeo" y se concedió la medida cautelar allí solicitada en los ténninos indicados en el puní:.; precedente de esa parte dispositiva.

III. A fs. 806/830 se presentó el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y solicitó: a) que se tuviera por cumplida la medida cautelar dispuesta por la Excma. Cámara respecto de los puntos referidos a la intervención del Consejo de Plan Urbano Ambiental (c.14.4) y respecto de la realización de la evaluación de impacto ambiental (c. 15 y 16) y b) se analicen los términos de la medida cautelar respecto de los puntos 14.1. 14.2 y 14.3 del resolutorio, en lo que respecta a la intervención de la

Secretaría de Planeamiento Urbano, la Secretaría de Cultura y a la Legislatura de la CABA. por cuanto estimó que la intervención o cumplimiento de ellos devenía inaplicable en virtud de la normativa que rige el caso.

IV. A fs. 831 se ordenó la agregación de la medida cautelar en estas actuaciones, toda vez que en la causa "Naddeo" ya se había dispuesto la formación ele un incidente en ocasión de la apelación de la medida cautelar, y tomando en consideración que aquélla causa era anterior. Dicha medida fue cumplida a fs. 832/844.

A fs. 855 se resolvió habilitar la feria judicial y correr traslado de la denuncia de cumplimiento efectuada por la demandada y de su respectiva documentación, por el plazo de dos días a las partes, a la Sra. Defensora, a la Sra. Asesora Tutelar y a la Sra. Fiscal en sus respectivos despachos.

Remitidas las actuaciones a la Sra. Asesora Tutelar, dicha magislrada se notificó a fs. 857 pero no contestó al traslado conferido. Lo mismo ocurrió con la Sra. Fiscal, quien a fs. 889 vía. solamente se notificó de la resolución de fs. 855.

Libradas las cédulas de notificación según constancias de fs. 855 vta, ellas se encuentran glosadas a fs. 890 (Sra. María José Lubertino), 895 (Sra. María Rachid), y 896 (Sres. María Elena Naddeo, Virginia González Gass, Aníbal Ibarra y Fabio Basteiro), con resultado positivo.

A fs. 875/884 contestó el traslado conferido la Sra. Defensora Oficial, en representación de los actores Marcelo Hernando Frondizi y Eduardo López, presentación que fue efectuada en los términos del art. 42 del CCAyT respecto de ellos,

y. en su carácter de integrante del Ministerio Público, en defensa de los intereses colectivos involucrados en estas actuaciones y en "Frondizi".

A fs. 898/905 se presentó la Sra. María Elena Naddeo y solicitó la ampliación de los plazos para contestar el traslado, sin perjuicio de lo cual en el punto 111 se pronunció respecto al fondo de los planteos deducidos. Ofreció prueba.

A fs. 907/908 se agregó la cédula dirigida a los coactores Frondizi v López, aún cuando se estimó que ellos se encontraban debidamente notificados con la remisión de las actuaciones a la Sra. Defensora, quien contestó el traslado en los términos del art. 42 del CCAyT, previa citación de los mismos.

A fs. 906 se rechazó la ampliación pretendida así como el ofrecimiento de prueba.

En la misma providencia y en virtud de encontrarse vencidos los plazos sin que hubieren contestado los restantes actores, pasaron las actuaciones a resolver.

V. En forma previa al análisis de los planteos esgrimidos corresponde efectuar las siguientes aclaraciones.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en su decisorio resolvió el tratamiento conjunto de los recursos planteados por la demandada en la causa "Frondizi" y por la actora en la causa "Naddeo" (v. fs. 841).

Allí trató sustancialmente dos cuestiones centrales, luego desmenuzadas en sus aspectos específicos: una relativa al patrimonio histórico y a la protección urbanística (considerando 14), y la otra referida a la protección ambiental (considerando 15), para finalmente en el considerando 16 referirse al principio precautorio.

En atención a que la medida cautelar dictada por la Cámara proyectó sus efectos "hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos o se de cumplimiento con los recaudos procedimentales establecidos en las normas reseñadas en los considerandos indicados, lo que ocurraprimero ". la demandada se ha explayado en su escrito con el fin de demostrar que todos los recaudos requeridos por la Alzada han sido debidamente cumplidos.

Sobre ellos han contestado sólo la Sra. Defensora Oficial, y la Sra. María Elena Naddeo, frente al silencio de los restantes actores, y de los magistrados del Ministerio Público Tutelar y Fiscal.

Sobre ellos, y sólo sobre ellos, pues, deberá expedirse este tribunal, prescindiendo de cualquier otra cuestión que haga al planteo de estos dos amparos, ahora acumulados.

Una cuestión que no escapa a la suscripta se relaciona con el alcance del análisis que este tribunal está llamado a hacer, aún en este estado larval de la causa, y teniendo en miras que los temas que aquí se analicen podrían ser interpretados como un adelanto de jurisdicción, cuestión que en modo alguno lo es aunque corresponde aclarar que resulta imprescindible evaluar los argumentos y las constancias arrimadas a la causa.

Aún así, y con el debido cuidado que este tratamiento supone, me abocaré al estudio de los planteos, tomando en consideración, por otra parte, que el artículo 177 del CCAyT aplicable en estos autos por conducto del artículo 28 de la ley 2145, admite que las medidas cautelares tienden a garantizar los efectos del proceso "aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida ".

Ello supone indefectiblemente que cuando un juez evalúa aspectos que rozan o podrían rozar tangencialmente el fondo del planteo, no se encuentra impedido de su tratamiento y consideración, y en modo alguno implica prejuzgamiento, sino evaluación de los requisitos de procedencia de la medida cautelar, roda vez que la propia norma permite requerir -y eventualmente conceder-una tutela que puede ser a su vez objeto de decisión final.

La última consideración que corresponde efectuar con prelación al tratamiento de la solicitud efectuada por la demandada, es que en su escrito menciona en primer lugar la inexistencia de vinculación de la petición que aquí realiza, con la medida autosatisfactiva dictada en autos "Frondizi, Marcelo Hernando y otros c/GCBA s/mcdida cautelar EXP-G 17-2013" (fs. 806 vta/809).

A fs. 15/17 de esos actuados la jueza de feria interviniente en aquél momento hizo lugar a la medida peticionada y ordenó al GCBA que en lornia urgente procediera a la reapertura del Taller Protegido N° 19 ubicado en el Hospital Psicoasistencial "Dr. J. T. Borda"'.

Dicha medida fue luego objeto de tratamiento por la suscripta en la sentencia interlocutoria de fecha 8 de febrero ppdo, obrante a fs. 101/104, donde se tuvo por concluido el objeto procesal y en consecuencia por abstractos los actuados.

Si bien dicha decisión aún no se encuentra firme, entiendo que en atención a que ya me he pronunciado al respecto, nada debo decidir en el presente a tenor del requerimiento efectuado por el GCBA.

VI. Efectuadas las aclaraciones pertinentes, corresponde efectuar una síntesis de los argumentos expuestos por la Alzada.

VI.1. El primer argumento se relaciona con el Decreto 349/99 que en su artículo 1° inciso b) declaró monumento histórico nacional al "secior de/ Hospital Municipal "Dr. José Tiburcio Borda", correspondiente al Pabellón de Investigaciones en Psicofisica y Neurobiologia y parque aledaño, sito en la Avenida Amando Alcona N° 1602 de la Ciudad de Buenos Aires (Dalos Catastrales

Circunscripción: 3. Sección: 16. Manzana: 23. Fracción B)

Dicho pabellón, en razón de ser monumento histórico, se encuentra alcanzado por la ley nacional 12.665, cuyo artículo 4 establece la prohibición de someter a los inmuebles históricos a reparaciones o restauraciones, destrucciones en todo o parte, transferencias, grabaciones o enajenaciones, sinaprobación de la Comisión Nacional de Monumentos Históricos.

En el orden local, la ley 1227 de Patrimonio Cultural prevé en su artículo 9 inciso a) que corresponde a la Secretaría del Cultura proponer los bienes de interés cultural, entre ios cuales se considerarán incluidos aquellos bienes culturales declarados o que declarare la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos (ley 12.665), en cualquiera de las tipologías que componen su registro en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

El artículo 13 impone como restricción que no podrán ser enajenados, transferidos, modificados o destruidos en todo o en parte sin la previa intervención de la Secretaría de Cultura, salvo que dichas facultades deban ser ejercidas por la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos o por la Secretaría de Medio Ambiente y Planeamiento Urbano del GCBA.

La ley 3538 en su artículo 2 catalogó en los términos del artículo i 0.3.3. del Capítulo 10.3 "Catalogación" del Código de Planeamiento Urbano, los edificios allí detallados correspondientes al Hospital "José Tiburcio Borda", entre los que se encuentran el Pabellón de Investigaciones en Psicofísica y Neurobiología, el Pabellón habitación y

talleres "Amable Jones", los Consultorios ambulatorios, el Hogar de noche terapia ocupacional, F. Imprenta y Centro Cultural.

En todos ellos la protección fue "cautelar".

En el artículo 3 se incorporaron en el parágrafo 5.4.3.4 "Distrito E4-Equipamiento Especial" diversos incisos que hacen al alcance de la protección que allí se dispone.

Por otra parte, el artículo 10.1.4 del CPU establece que en parcelas adyacentes a edificios catalogados, lugares declarados Monumento Histórico Nacional o Distritos APH deberá consultarse a la Secretaría de Planeamiento en lo que respecta al tratamiento de fachadas y al contexto patrimonial.

En los Distritos de Equipamiento Especial alcanzados por lo dispuesto en el parágrafo 5.4.3.4 del CPU se establece que "mientras el uso principal se mantenga y las intervenciones y/o nuevas construcciones complementarias no superen el 20 % de la superficie total de la parcela corresponde la intervención del Consejo por iodo acto o disposición de carácter edilicio. Cuando la situación del predio pretenda ser alterada afectando una superficie superior al 20 % del total de la parcela o se

incorporen usos que alteren el carácter predominante o se pretenda desafectar el uso principal de la misma, la cuestión deberá ser sometida a estudio del Consejo quien evaluará la propuesta remitiéndola a la Legislatura para su tratamiento ".

En ese entendimiento, la Sala II consideró que no surgía de la causa que se hubiere dado intervención en el marco del procedimiento administrativo previo al dictado del decreto 121/12 ni a la Secretaría de Planeamiento Urbano, ni a la Secretaría del Cultura, ni al Consejo de Plan Urbano Ambiental, ni a la Legislatura.

En síntesis: en ténninos de la Cámara parte de los edificios del Hospital Borda constituyen un monumento histórico nacional por decreto 349/99. alcanzados por la ley 12.665 a nivel nacional, y a nivel local por la ley 1227 que preve ía intervención de la Secretaría de Cultura para cualquier acto de enajenación, transferencia, modificación o destrucción en todo o en parte.

Por otra parte, la ley 3538 cataloga diversos edificios con protección cautelar, y los enmarca en el "Distrito E4-Equipamiento Especial" con una serie de recaudos a tener en cuenta, a la vez que impone la intervención del Consejo del Plan Urbano Ambiental en

caso de que el uso principal se mantenga y las intervenciones y/o nuevas construcciones complementarias no superen el 20 % de la superficie total. Cuando ésta sea superada o se incorporen usos que alteren el carácter predominante o se pretenda desafectar el uso principal, la cuestión deberá ser sometida a estudio del Consejo, quien evaluará la propuesta remitiéndola a la Legislatura para su tratamiento.

VI. 2. El segundo argumento de la medida cautelar se centra en la protección ambiental.

La Alzada entiende que la evaluación previa de impacto ambiental resulta obligatoria, toda vez que supone que el proyecto del nuevo distrito gubernamental es susceptible de causar "relevante efecto", que lo encuadraría dentro del artículo 13 de la ley 123.

Añade que el artículo 2.1 del pliego establece que se llama a licitación pública para la construcción de nuevos edificios de oficinas de un máximo de 50.000 m2 para el GCBA, limitando la superficie cubierta destinada a cocheras de subsuelos en 5000 m2.

VII. Así las cosas se pasará al análisis de cada una de las cuestiones propuestas, en las que se evaluarán los argumentos de las partes, teniendo en cuenta las consideraciones esbozadas en el considerando V.

VII. 1. Intervención del Consejo del Plan Urbano Ambiental.

La Cámara menciona en el considerando 14.4 que "no surge de las constancias de la causa que se hubiere dado intervención, en el marco del procedimiento administrativo previo al dictado del decreto 121/12 ni a la Secretaría de Planeamiento Urbano, ni a la Secretaría de Cultura, ni al Consejo del Plan Urbano Ambiental ni a la Legislatura ".

La intervención del Consejo del Plan Urbano Ambiental se encuentra prevista en el párrafo segundo del artículo 5.4.3.4. del CPU que dispone:

"Cuando la situación del predio pretenda ser alterada afectando una superficie superior al 20 % del total de la parcela, o se incorporen usos que alteren el carácter predominante, o se pretenda desafectar el uso principal de la misma, la cuestión deberá ser sometida a estudio de la Autoridad de Aplicación, la cual evaluará la propuesta remitiéndola a la Legislatura para su tratamiento ".

Sobre el punto la demandada estima que el Consejo ya tomó intervención respecto del proyecto en cuestión, en tres oportunidades diferentes. La primera de ellas, mediante el Acta N° 771 cuya copia se agrega a fs. 586/591. con fecha 11 de octubre de 2012.

Allí en el punto C (fs. 591) se decidió "Aprobar por unanimidad de ¡os presentes la validación del Distrito Gubernamental".

Posteriormente, con fecha 14 de noviembre de 2012, en la Segunda Asamblea Anual del Consejo se ratificó lo actuado en el Acta N° 771 (fs. 593).

1112

Sin perjuicio de lo expuesto, el 9 de enero de 2013 se reunió nuevamente el COPUA, y mediante Dictamen 10/COPUAM/2013 expresó que ... en los términos del numeral 5.4.3.4 inciso 4) primera parte del Código de Planeamiento Urbano considera admisible desde el punto de vista urbanístico acceder a lo localización del Nuevo Distrito Gubernamental, aprobando el mismo, tanto en lo que

hace a los usos propuestos, como así también al proyecto de obra" (fs. 598 último párrafo).

Tal intervención se encuentra reconocida por los actores Frondizi y López a través de la Sra. Defensora Oficial en el punto 4 de su escrito. La coactora Naddeo nada ha expresado al respecto.

En tanto las partes están contestes en que dicho recaudo se encuentra cumplido, nada cabe decidir sobre este punto, considerando que esta circunstancia no había sido acreditada con anterioridad y que expresamente dicho organismo se ha expedido en sentido favorable al desarrollo del proyecto.

VII. 2. Realización de la Evaluación de Impacto Ambiental.

La medida cautelar mantenida por la Sala ü tuvo, entre otras razones, su fundamento en la inexistencia de evaluación de impacto ambiental, con carácter previo al inicio de cualquier obra.

Expresa que "... la eficacia de la Evaluación de Impacto Ambiental también se halla, enprincipio, sujeta al momento en que se realiza, de modo de constituirse en una herramienta para la toma de decisiones y no sólo en un trámite

para convalidar la validez de la obra, cuando ya ha sido adjudicada y quien realiza la

ElA es la propia contratista, interesada en que no se modifique el pliego que le permitió ganar la Licitación" (considerando 15.3).

En el escrito presentado a fs. 806/830, la demandada menciona que tal evaluación ha sido realizada, con detalle de cada una de las etapas y el plan de mitigación correspondiente, efectuado con el fin de aminorar el impacto de las actividades en el medio que lo rodea (fs. 813 vta./815).

El correspondiente documento obra a fs. 631/674.

A fs. 620 consta el Certificado de Aptitud Ambiental N" 17.953,

Expediente N° 2.050.587/12, suscripto el 17 de enero de 2013 por Hernán Alonso, Director General de Evaluación Técnica de la Agencia de Protección Ambiental, y a fs. 621/629 se agrega la Disposición DI-2013-85-DGET, que categoriza el proyecto "Oficinas públicas con acceso al público", a desarrollarse en la Avenida Amancio Alcorta N° 1402 y Perdriel 422 (intersección de la Avenida Amancio Alcorta y la calle Perdriel), abarcando una superficie 49.910 m2, Distrito de Zonificación: E4-33 (Hospital Neuropsiquiátrico Dr. José T. Borda), como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto.

En el artículo 2 se otorga el Certificado de Aptitud Ambiental a nombre de la Subsecretaría de Proyectos de Urbanismo, Arquitectura e Infraestructura, del Ministerio de Desarrollo Urbano, titular de la actividad indicada en el artículo 1, y en el artículo 3 se aprueban las condiciones a cumplir por el titular, que se enumeran en el Anexo I (fs. 621/629), con el objeto de evitar, minimizar o mitigar los potenciales impactos negativos de la actividad.

A mayor abundamiento, en el artículo 5 se establece que podrá disponerse la realización de una Auditoría .Ambiental Externa por parte de auditores específicamente destinados por la Autoridad de Aplicación, con el objeto de comprobar el cumplimiento de las condiciones fijadas en el Anexo I y de los resultados que surgen de las auditorías presentadas por el titular de la actividad, en caso de corresponder.

La Sra. Defensora cuestiona la calificación en términos de impacto ambiental otorgada a la obra, por cuanto estima que encuadraría en el supuesto del artículo 13 de la ley 123, y por ende debería calificarse como de Alto Impacto Ambiental.

Tal artículo dispone que se presumen como de Alto Impacto Ambiental: "/) las obras proyectadas sobre parcelas de más de 2.500 metros cuadrado:-. que requieran el dictado de normas urbanísticas particulares" y " k) las obras de infraestructura que desarrollen entes públicos o privados que presten servicios públicos".

La Defensora entiende que tales presunciones no han sido debidamente desvirtuadas en el acto administrativo que califica el proyecto objeto ele autos.

Para ello menciona la descripción de la obra que se efectúa en la Disposición DI-2013-85-DGET (fs. 621/625) y la referencia que allí se hace a los informes de la Dirección General de Tránsito y la Dirección General de Transporte.

Considera con ello que la obra no pudo haber sido catalogada como de "impacto ambiental sin relevante efecto" e insiste con la necesidad de la intervención popular garantizada a través de la audiencia pública.

Ahora bien: el control judicial pretendido en autos respecto de este punto y en esta etapa del proceso excede las facultades del tribunal.

Los actores, a través de la Sra. Defensora, impugnan la calificación otorgada al estudio de evaluación de impacto ambiental, mas ello supone una intromisión en una cuestión de discrecionalidad técnica, circunstancia ésta que el tribunal se ve impedido de revisar en esta etapa del proceso, sin elementos probatorios que cuenten con la debida idoneidad científica como para desvirtuar lo actuado.

En este sentido es menester recordar que originariamente las. decisiones de la Administración, basadas en pautas discrecionales se encontraban exentas del control judicial. Su individualización era importante para distinguir que al tratarse de actividad libre o no regulada, era irrevisable fuera de su ámbito orgánico-f unciónal.

Sin embargo, esta oposición entre lo reglado y lo discrecional se ha ido resquebrajando para proyectar una armónica convivencia entre ambos y una sustantiva ampliación del control judicial.

La Corte Suprema de Justicia de ia Nación tiene dicho que "...

[N]o existen actos totalmente reglados ni totalmente discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa... al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos, sino más bien ana cuestión de grados... ". (C.S.J.N., "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos". Fallos: 315:1361. 1992, La Ley, 1992-E-100).

Ello configura la llamada discrecionalidad de la Administración.

Al respecto, señala Sesín: "La discrecionalidad es una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa, para que. mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho" (Sesín, Domingo J. Administración Pública, Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, op.cit., pág. 133).

En el caso, la cuestión que aquí se debate resulta ser aún más puntual puesto que se trata de lo que se ha dado en denominar "discrecionalidad técnica". Este criterio se relaciona con saberes que exceden los conocimientos jurídicos y que se desenvuelven en la órbita del campo científico.

Aún cuando estos saberes remitan a cuestiones técnicas más complejas, o de dificultosa comprensión, no puede perderse de vista que toda la actividad de la Administración puede ser controlada por los jueces, al pertenecer también al orden jurídico. Ahora bien, para que este control resulte adecuado es necesario contar con elementos, también técnicos, que contribuyan con esta evaluación.

En este aspecto, la mera discrepancia con lo decidido por la Administración sin incorporar factores de tales características que demuestren que la opción elegida no resulta razonable, no permite al juzgador efectuar el control judicial pertinente.

Al respecto, el Dr. Balbín ha señalado "...que es necesario postular un criterio que armonice los dos principios que pareciesen antitéticos. Por un lado, el carácter técnico e idóneo del Ejecutivo y. por el otro, el requisito de revisión judicial adecuada y suficiente de las decisiones estatales. ¿Es ello posible? Entendemos que sí por medio de la intervención en el proceso judicial de los peritos en su condición de auxiliares del juez" (Balbín, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. La Ley, 2011, página 827/828).

Entiendo que el esfuerzo realizado por la Sra. Defensora para atacar el estudio de impacto ambiental presentado en autos, por el momento y en esía etapa larval del proceso, no logra conmover los fundamentos tenidos en cuenta por la Administración.

Ello así en el entendimiento de que sus afirmaciones, aún cuando se basan en los informes aportados a la causa, sólo trasuntan una mera discrepancia con la calificación otorgada por el órgano competente, sin que se aporten datos de relevancia científica como para invalidar las conclusiones a las que se ha arribado. Máxime teniendo en cuenta el principio de legalidad del cual goza, el cual sólo puede ser invalidado mediante la pertinente impugnación.

Por otra parte, como ya fuera puesto de relieve en la providencia de fs. 906, no resulta este el momento propicio para ordenar una prueba pericial, pues nos encontramos en el marco de una tutela precautoria.

En síntesis: esa discrecionalidad técnica del certificado y su respaldo no aparecen desvirtuados en sus aspectos científico-técnicos con la entidad suficiente como para descalificarlo. Se reitera, las manifestaciones vertidas sólo exhiben una mera discrepancia con el criterio sustentado por el organismo técnico aunque no encuentra un sustento en algún criterio técnico que permita desvirtuar lo allí contenido.

Por tal motivo, corresponde tener por debidamente presentado el estudio de impacto ambiental, sin perjuicio de lo que se decida al momento de la sentencia definitiva, con mayores elementos de juicio que puedan aportarse.

VIH. La demandada considera que las dos cuestiones señaladas anteriormente -intervención de Consejo del Plan Urbano Ambiental y realización de la evaluación de impacto ambiental-se encontraban pendientes de acreditación, hecho que motivó -a su entender-que la Sala II de la Cámara del Fuero mantuviera la medida cautelar y por ende, la suspensión del decreto 121/12.

Con respecto a ellas, entiende haber dado cabal cumplimiento de ¡a tutela dispuesta y por ello requiere de este tribunal un pronunciamiento en tal sentido.

Con relación a los restantes requisitos -que a continuación se detallarán-, considera, sin embargo, que resulta improcedente cumplir con otros procedimientos administrativos pues estima que "no se configuran en el caso concreto los supuestos normativos correspondientes que conllevan a su intervención" (fs. 816 primer párrafo).

Allí se dispone a enumerar las cuestiones que la Cámara estimó como pendientes, con el fin de demostrar que tales omisiones no lo fueron, por cuanto no se darían los supuestos lácticos que devendrían en la aplicación de las normas que establecen la obligatoriedad de su cumplimiento.

En otras palabras: no serían necesarias -a criterio de la demandada-las intervenciones de la Secretaría de Planeamiento Urbano y de la Secretaría de Cultura, como tampoco lo sería la de la Legislatura, por las razones que a renglón seguido se expondrán.

Con carácter previo a adentrarme en el análisis de ello, dejo a salvo que si bien la Alzada estableció que las intervenciones de los organismos citados no se encontraba acreditada, ello no puede ser interpretado en el sentido de que se haya establecido necesariamente la obligatoriedad de su intervención, sino que, por el contrario, tal como se estableció en el considerando 14.4, "no surge de las constancias de la causa que se hubiere dado intervención" a ellos, lo que la lleva seguidamente a

mencionar que "en este estadio no surge que se hubiera cumplido con los procedimientos esenciales, en los términos del artículo 7 inciso d) de la íey de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, de manera previa al dictado del decreto 121/12'/

La Cámara advierte así que podría haber un posible vicio en el procedimiento, hecho quepretende serdesvirtuado ahora por la demandada.

El artículo 7 de la LPACABA menciona los requisitos esenciales del acto administrativo. Su inciso d) establece que "Antes de su emisión deber; cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y ios que resulten implícitos del ordenamiento jurídico..."

Resulta necesario analizar los hechos y las constancias de la causa, para advertir el encuadre normativo que ellos suponen, análisis éste que llevara a la conclusión de la obligatoriedad -o no-de intervención de los organismos en cuestión.

No se trata de modificar el criterio adoptado por la Alzada, sino de, precisamente, acatar lo resuelto porella y evaluar si se ha acreditado debidamente el "cumplimiento de los recaudos procedimentales establecidos en las normas reseñadas ".

VIII. 1. Intervención de la Secretaría de Cultura.

El decreto 349/99 -como se señalara ut supra-declaró monumento histórico nacional al Pabellón de Investigaciones en Psicofísica y Neurobiología y parque aledaño, sito en Amancio Alcorta N° 1602 de la Ciudad de Buenos Aires (Datos Catastrales: Circunscripción: 3, Sección: 16, Manzana: 23,

Fracción: B). La ley 1227 de Patrimonio Cultural establece en su artículo 2°: "El PCCABA es el conjunto de bienes muebles e inmuebles, ubicados en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad. que en sus aspectos tangibles e intangibles, materiales y simbólicos, y que por su significación intrínseca y/o convencionalmente atribuida, definen la identidad y la memoria colectiva de sus habitantes".

En el artículo 9o menciona entre las funciones del órgano de aplicación proponer los bienes de interés cultural que conformarán el PCCABA, así como también la desafectación de los que hubiese declarado.

Se consideran incluidos en el PCCABA a todos aquellos bienes culturales declarados o que declarare la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos (Ley N° 12.665), en cualquiera de las tipologías que componen su registro en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, así como los que consagre la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en ejercicio de sus competencias específicas.

El artículo 13 se refiere a las restricciones y dispone: "Los bienes que se declaren o que se consideren declarados en virtud de lo dispuesto en el Art. 9°, Inc. a) de la presente Ley, no podrán ser enajenados, transferidos, modificados o destruidos en todo o en parte sin la previa intervención de la Secretaría de Cultura. salvo que dichas facultades, en los casos que correspondan deban ser ejercidos por la Comisión Nacional ele Museos. Monumentos y Lugares Históricos o por la Secretaria Je Medio Ambiente y Planeamiento Urbano del Gobierno de la Ciudad de Buenos

Aires".

No caben dudas de que el Pabellón de Investigaciones en Psicofísica y Neurobiología del Hospital Borda y su parque aledaño forma parte del patrimonio cultural de la Ciudad, con todas las protecciones y restricciones a su disposición que la ley 1227 establece.

La demandada entiende que tal intervención no resulta obligatoria, por cuanto el mentado pabellón y su parque aledaño no serán enajenados, transferidos, modificados o

destruidos en todo o en parte, como consecuencia de la ejecución del proyecto de obra del Nuevo Distrito Gubernamental.

Para ello acompaña el Informe IF-2013-00152299-DGIUR. de fecha 11 de enero de 2013 suscripto por el Sr. Antonio Ledesma, Director General de Interpretación Urbanística de la Secretaría de Planeamiento dependiente del Ministerio de Desarrollo Urbano (fs. 599/603).

Este informe se ve ampliado por la Nota NO-2013-00283281DGIUR de fecha 22 de enero de 2013 (fs. 604).

En el primero de ellos se menciona que "el proyecto en cuestión, en consonancia con la normativa (ley 3538} se trata de un edificio exento, es decir que no se encuentra adosado a ninguna de las construcciones existentes

Tanto a fs. 599 como a fs. 604 se señala que "... el parque aledaño está determinado por dos criterios: el de su superficie y el arquitectónico. En relación a la superficie circundante, en este caso se ve delimitada por el muro divisono del Hospital Rom son y la linea oficial de la calle Amancio Alcorta. Estas distancias provectadas a los restantes lados es la que delimita lasuperficie aledaña al edificio. En cuanto al criterio arquitectónico... en los edificios clásicos como el que nos ocupa, se

determina con ¡os mismos criterios la composición de su entorno inmediato o aledaño.

que particularmente aquí se ve reflejado en una envolvente de árboles medianos siguiendo los mismos parámetros compositivos mencionados precedentemente. De ¡a conjunción de estos dos criterios podemos concluir que elparque aledaño, en este caso.

está determinado por su íntima relación con la composición sostenida por las especies arbóreas inmediatas, que en conjunto conforman una unidad que resulta ser parcial por las proximidades a la LO y al muro perimetral. Todo espacio exterior por juera de esta unidad edificio-árboles, escapa a las prescripciones normativas de la Ley nacional... Concluyendo, el edificio Pabellón de Investigaciones en Psicofísica y Neurobiología y parque aledaño no se ve afectado por ninguna circunstancia, ni arquitectónica, ni edilicia, ni constructiva. El proyecto garantiza plenamente, dentro de los conceptos de parque aledaño para este tipo arquitectónico, la conservación plena del mismo sin intervención en el edificio alcanzado por la ley tanto nacional como la más restrictiva y completa de la Ciudad de Buenos Aires" (fs. 599 vta).

A fs. 610 obra la Nota NO-2013-00234580-DGTALMC suscripta el 17 de enero de 2013 por el Dr. Sergio Iribarren Pugach, Director General Técnico. Administrativo y Legal del Ministerio de Cultura, quien expresa que resulta innecesaria la intervención de

la Secretaría de Cultura en los términos del artículo 13 de la ley 1227, por cuanto "... la Fracción C del predio no alberga edificaciones que revistan el "interés cultural" que tutela la ley", y que la Dirección General de Patrimonio e instituto Histórico, dependiente de la Subsecretaría de Patrimonio Cultural ya ha

expresado que el proyecto ... no afectaba inmuebles catalogados, ni monumentos, ni lugares potencialmente arqueológicos ".

Finaliza su infonne expresando "Una detenida mirada de los planos que ilustran sobre la distribución de las distintas fracciones o parcelas que conforman el predio, torna por demás cuestionable que el parque ubicado en la "Fracción 3", pueda considerarse "parte accesoria" del declarado Monumento Histórico Nacional, asentado en una fracción distinta y orientado en una dirección que visiblemente quiebra la continuidad que presupone la accesoriedad". (fs. 610/vta.

último párrafo).

A fs. 818 la demandada menciona que los edificios proyectados guardarán una distancia en su punto más cercano, de aproximadamente 20 metros con el Pabellón afectado como monumento histórico nacional.

Así, a fs. 618 mediante Nota NO-2013-00274519-DGSAM de fecha 22 de enero de 2013, la Dra. María Concepción Grosso, Directora General de Salud Mental, informa que "De las constancias del proyecto remitido, se desprende que el espacio en donde será alojado el edificio que se pretende edificar, se encuentra alejado a una distancia considerable, aproximadamente 20 m respecto de los

Pabellones en los que están alojados pacientes... tampoco alteran el normal funcionamiento de los pabellones actualmente activos en el Hospital Borda ... no resulta necesario tomar ningún tipo de recaudo respecto al traslado o movilización de los pacientes, quienes no se encontrarán afectados en su tratamiento y o cuidados ".

Finalmente agrega "... se deja constancia que la realización de la construcción tampoco altera el aspecto edilicio o estructural de ninguno de los edificios pabellonados del nosocomio en cuestión. No obstante lo expuesto, deberán extremarse los cuidados respecto de la protección sonora a efectos de no alterar el comportamiento de pacientes con trastornos graves de salud mental, que generalmente tienen un largo período de internación y que por lo tanto se encuentran afectados de un fenómeno comúnmente llamado de "hospitalismo ".